

LOS NUEVOS Y LOS VIEJOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Andrea Greppi

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Problemas de interpretación histórica.*—3. *¿Nuevos derechos o nuevas garantías?*—4. *El punto de vista de la filosofía de la historia.*—5. *El futuro de los derechos dentro del paradigma liberal-democrático.*—6. *Nuevas amenazas para la igual libertad.*

1. INTRODUCCIÓN



NO de los aspectos más llamativos del pensamiento jurídico y político de las últimas décadas es la extraordinaria difusión del lenguaje de los derechos. No es exagerado afirmar que los derechos fundamentales se han convertido en el eje central en la discusión sobre los límites y los fines de la acción política. Lo cual no es un hecho singular en la tradición del pensamiento político moderno, aunque quizá pueda llegar a serlo por la intensidad y la frecuencia con la que se hace uso de referencias a derechos ciertos o presuntos en el debate político cotidiano. Asistimos a una insospechada multiplicación de las exigencias éticas o políticas que se presentan como nuevos derechos fundamentales. Hasta tal punto ha llegado este fenómeno que el uso retórico de esta expresión podría llegar a modificar su significado.

Sucede, sin embargo, que la evolución de la teoría y la práctica de los derechos no parece avanzar en una única dirección. Algunas propuestas sobre su desarrollo futuro, analizadas desde el punto de vista de la teoría del Derecho y de la democracia, suscitan algunas dudas. Y es que, en mi opinión, *antes* de hablar de nuevos derechos es indispensable resolver algunas cuestiones previas, pues los derechos constituyen uno de los puntos de referencia esenciales de nuestro sistema político y jurídico. Creo necesario aclarar, en definitiva, si la aparición de derechos «nuevos» supone, o no, una transformación en el paradigma democrático y liberal en el que los «viejos» derechos tuvieron su origen y en el que, hasta el presente, han ido afianzándose.

Quienes afirman que la aparición de derechos nuevos es beneficiosa porque propicia un cambio en el paradigma vigente deben demostrar de antemano, entre otras, las siguientes tesis: que el nivel de protección y garantía de los derechos actualmente alcanzado, así como su proclamación y aceptación casi universal, es una conquista definitiva e irreversible de la humanidad; que el proceso de reconocimiento jurídico positivo de los derechos humanos no está cerrado; que, como consecuencia de lo anterior, algunos derechos pueden ser sometidos a una revisión en su contenido; y, por último, que el reconocimiento de nuevos derechos, como reflejo de nuevas demandas sociales, puede ser interpretado *en todo caso* como síntoma de progreso, es decir, como un hecho que *supera y mejora* el proyecto ético y político que se encuentra en el origen del modelo ético, político y jurídico de los derechos. Se podrá argumentar entonces que el reconocimiento de nuevos derechos tiene lugar dentro de una línea de continuidad y, al mismo tiempo, supone una ruptura con el modelo de derechos fundamentales históricamente vinculado al actual Estado social y democrático de derecho¹. Podremos hablar de «nuevos» derechos solamente si consideramos que es posible la *síntesis* y *superación* del modelo anterior.

Las próximas páginas contienen observaciones puntuales sobre el desarrollo histórico de los derechos hasta el momento en que comienza la reclamación de derechos nuevos: me interesa saber si las necesidades históricas que se pretenden cubrir son consecuencia de la carencia de derechos, o más bien del imperfecto desarrollo de sus garantías. Luego intentaré justificar una actitud más prudente que la habitual a la hora de atribuir un carácter «fundamental» a los derechos. Me parece que una actitud relativamente restrictiva, o solamente escéptica, frente a la indiscriminada multiplicación de los de-

¹ Cfr. I. ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 114 ss.

rechos y, sobre todo, de aquellos que resulten incompatibles con el paradigma jurídico y político en que han aparecido los derechos fundamentales, puede ser oportuna por razones históricas y teóricas. Este planteamiento implica la aceptación de una determinada ideología o, como se dice más abajo, retomando algunas ideas de Norberto Bobbio, de una determinada «filosofía de la historia». Porque también en esta materia, como seguramente en otras, es posible comprobar la distancia entre lo que consideramos éticamente deseable lo legítimo con arreglo a Derecho. En esta diferencia reside, aunque a menudo resulte incómodo, uno de los principales presupuestos ideológicos del mundo en que vivimos.

2. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

Para hablar de «nuevos» derechos es necesario presuponer que existe, al mismo tiempo, continuidad y ruptura con el modelo histórico vigente. En otros términos, la respuesta a la pregunta sobre el desarrollo futuro de los derechos depende de cómo queramos reconstruir su pasado, de cómo interpretemos la historia de los derechos. Veamos, por tanto, cuál es el punto de vista dominante en esta materia.

Suele decirse, en primer lugar, que la evolución de los derechos fundamentales acompaña las diferentes fases en la evolución del Estado contemporáneo. El reconocimiento de los derechos de libertad habría coincidido con el desarrollo del Estado liberal; la afirmación de los derechos de participación política y de asociación, con la progresiva democratización de ese modelo; finalmente, el reconocimiento de los derechos sociales corresponde con la aparición del Estado social. El catálogo de los derechos permite identificar así, utilizando una expresión de García-Pelayo, el «elemento finalista» implícito en cada modelo constitucional². Cabe observar, sin embargo, que la generalizada difusión de esta tesis ha desembocado, en ocasiones, en interpretaciones históricas algo apresuradas en las que se confunde la proclamación de los derechos con la realización de las condiciones necesarias para su ejercicio. Estas interpretaciones habrían llegado a tomar los derechos fundamentales como criterio interpretativo *autónomo* en la historia de los siglos XIX y XX³. Por eso, sin apartarme de

² M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1987, pp. 103 ss.

³ De ninguna manera quiero decir con ello que la positivación de los derechos no haya influido sobre la evolución de las instituciones políticas y sociales en una determinada dirección, ni que las cartas de derechos no hayan podido tener una extraordinaria potencia revolucionaria en determinados con-

esa tesis, creo oportuno recordar, que la historia de los derechos no se compone sólo de una ininterrumpida serie de triunfos. Y ello, al menos, por las siguientes razones.

Ante todo porque, aunque la mayoría de los movimientos políticos y sociales que se han sucedido desde la revolución francesa en adelante han sido *portadores* (en sentido weberiano) de exigencias éticas y políticas que encontraron acomodo en la tradición del pensamiento político moderno, y por tanto obtuvieron su reconocimiento positivo en términos de derechos, en ese mismo periodo se desarrollaron otros movimientos políticos, tanto progresistas y revolucionarios como conservadores y reaccionarios, tanto ilustrados como románticos, que reivindicaron exigencias o razones que nada tenían que ver con esta específica técnica jurídica. Si es cierto que los derechos son un elemento característico de la filosofía política y jurídica moderna, también lo es que no *toda* la modernidad se identifica con ellos. Es probable, por ejemplo, que durante mucho tiempo no resultara tan evidente como hoy nos parece la distinción entre un socialismo que opta por la vía del Derecho y de los derechos, y un socialismo que habla de derechos pero que en realidad tiene otras prioridades. Ni se puede ignorar la componente asistencial que está presente en muchas interpretaciones del fascismo y que algo habrá incidido en el desarrollo de las estructuras administrativas propias del Estado social. En este mismo sentido, se debe reconocer que la difusión de los derechos sociales en la segunda mitad de este siglo, a partir de lo que se ha denominado «consenso socialdemócrata», responde a motivaciones políticas y sociales que seguramente exceden el ámbito de los derechos —no hay razón para ocultar tampoco la presencia de complejos fenómenos de clientelismo político—, y que no se identifican ya con una única inspiración ideológica. Por eso me parece que en la evolución histórica de los derechos no es tan fácil percibir ese «elemento finalista» homogéneo que, según García-Pelayo, hace posible su interpretación unívoca.

Por otra parte, al interpretar el desarrollo de las formas políticas del siglo xx *exclusivamente* desde la perspectiva de los derechos, a veces se olvida que su concepto actual sólo tiene sentido dentro de un determinado modelo

textos. Se trata únicamente de observar que en otras muchas ocasiones la historia ha ido por delante o por detrás de ese reconocimiento positivo, y mucho más de su eficacia práctica. La positivación de derechos, a veces, ha sido una simple consecuencia de transformaciones sociales que ya habían tenido lugar. En otras ocasiones, el reconocimiento solemne ha tenido escasa eficacia retórica y pedagógica: no es tan fácil rebatir la argumentación de quienes piensan que muchos derechos no han dejado de ser simples declaraciones de buena voluntad.

constitucional. Los derechos precisan, en otras palabras, el establecimiento de un determinado modelo de Constitución, que entre nosotros —y dejando al margen los casos de Estados Unidos y de Gran Bretaña que tienen caracteres específicos— solamente se consolida en la segunda mitad de nuestro siglo⁴. En este sentido, quizá, la historia de los derechos debería ser interpretada más bien como un capítulo especial dentro de la evolución de las instituciones del constitucionalismo moderno. Los derechos habrían llegado a ser realmente fundamentales sólo a partir del establecimiento de determinados mecanismos institucionales de garantía. Sólo en ese marco puede ser planteada en los términos que hoy manejamos la insoluble tensión entre democracia y derechos; sólo el reconocimiento del carácter rígido y supra-legal de la Constitución hace que los derechos se conviertan en verdaderos *triumfos* frente a las mayorías⁵.

Un segundo criterio de interpretación histórica de la evolución de los derechos consiste en afirmar que ésta sigue dos movimientos coincidentes en el tiempo aunque no paralelos. Se distingue, en efecto, entre la progresiva ampliación su catálogo y contenido, de forma que se habla de diversas generaciones de derechos; y entre diversas fases en su progresivo reconocimiento jurídico. Del cruce entre ambos criterios, el de las generaciones y el de los procesos, se desprende el cuadro interpretativo básico al que deberemos hacer referencia a la hora de explicar la aparición de los nuevos derechos y sus diferencias respecto de los antiguos⁶.

⁴ Sobre esta cuestión puede consultarse M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid 1996, cap. IV.

⁵ Antes —se podría decir— los derechos eran «otra cosa». Es cierto, por lo demás, que una concepción de los derechos como ésta, en la que se vincula su «concepto» con la realidad jurídico-positiva del Estado de derecho contemporáneo, restringe los posibles usos de la expresión «derechos fundamentales». No obstante, para afrontar el tema de los nuevos derechos creo inevitable tomar como punto de referencia inicial el concepto de derechos fundamentales vigente en nuestros sistemas jurídicos. De lo contrario, la discusión se volvería inútil. Por lo demás, es indiscutible que los problemas políticos fundamentales de legitimación del poder y de justificación de la obediencia se transforman radicalmente cuando los derechos llegan a ser plasmados, en términos jurídicos formales, como derechos fundamentales y cuando, en el presente siglo, se desarrollan la mayoría de las técnicas de garantía constitucional que hoy conocemos.

⁶ Con carácter general véanse: G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III.-BOE, Madrid, 1995, pp. 154 ss.; A.-E. PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pp. 108 ss.; IDEM, «Las generaciones de los derechos humanos», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 10, 1991, pp. 203-217; I. ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, cit., pp. 96 ss.; R. SÁNCHEZ FÉRRIZ, «Reflexiones sobre las generaciones de derechos y la evolución del Estado», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a J. J. Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid 1997, pp. 357-364.

Habrían existido, pues, diferentes generaciones de derechos, reflejo de concretas ideologías políticas y movimientos sociales: habría derechos de inspiración liberal, democrática y socialista, fruto, en cada caso, de sangrientas luchas por el reconocimiento. De nuevo, a partir de las mismas consideraciones expuestas más arriba, es posible señalar que esta interpretación presume la tesis de la sustancial continuidad y coherencia ideológica entre cada una de las tres generaciones. Sólo así se excluye la posibilidad de que aparezcan contradicciones *graves* entre derechos civiles, políticos y sociales básicos, porque todos ellos, conjuntamente, expresan las condiciones esenciales para el funcionamiento del sistema político democrático. Y aunque esta afirmación pueda ser finalmente cierta, lo cierto es que hasta hoy ha sido tenazmente desmentida por la presencia de continuos conflictos ideológicos. Sólo puede ser aceptada, por tanto, como el fruto de una reconstrucción ideal ⁷.

En relación con las diferentes fases en el reconocimiento de los derechos se habla, en cambio, de procesos de positivación, generalización e internacionalización. Se añade además un cuarto proceso de especificación que está, como se explicará más adelante, directamente relacionado ya con el problema de los nuevos derechos. Los tres primeros procesos se identifican de forma paradigmática con las decisivas transformaciones institucionales que tienen lugar en 1789 —con la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano—, en 1848 —con la primera afirmación constitucional del sufragio universal—, en 1917 y 1919 —con el primer reconocimiento de los derechos sociales, en las Constituciones mexicana y de Weimar—, y en 1948 —con la Declaración Universal de Derechos del Hombre—. Por el contrario, el proceso de especificación no parece haber encontrado todavía ninguna señal de identidad precisa: no se ha identificado todavía con ninguna revolución que tenga una fuerza simbólica similar a las anteriores ⁸. Se dice que la multiplicación de derechos a la que estamos asistiendo en nuestros días —y sigo aquí a Norberto Bobbio, que

⁷ La afirmación del carácter unitario de este proceso, que abarca el periodo comprendido entre la segunda mitad del siglo XIX y las primeras Constituciones del siglo XX, no resulta en mi opinión pacífica ya que presupone la homogeneidad teórica o, al menos, la continuidad ideal (e ideológica) entre liberalismo radical, reivindicaciones democráticas y movimiento obrero (distinguiendo, por cierto, dentro de este último, entre tendencias democráticas y revolucionarias). Como se explica también más adelante en este trabajo, la defensa de esta unidad es una señal de identidad característica en la familia de ideologías liberal-socialistas, pero seguramente no es todavía una tesis universalmente compartida.

⁸ Cfr. N. BOBBIO, «L'età dei diritti», en *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1989, en especial pp. 21 y ss. [trad. cast. de R. de Asís, Ed. Sistema, Madrid 1991, pp. 109 ss.]; véase además, por todos, G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 180 y ss.

sintetiza una opinión generalizada— se habría producido por tres razones diferentes:

«[...] a) porque ha ido aumentando la cantidad de bienes considerados merecedores de tutela; b) porque ha sido extendida la titularidad de algunos derechos típicos a sujetos diferentes de la persona individual; c) porque el propio hombre ya no es considerado como ente genérico, o como hombre en abstracto, sino que ha pasado a ser visto en la situación específica o concreta en que se encuentra en sus diversas formas de ser en la sociedad, como niño, como anciano, como enfermo, etc. En definitiva, más bienes, más sujetos, más *status* del individuo»⁹.

Numerosas dificultades aparecen en esta situación nueva, pues la posible especificación de los derechos inaugura una tendencia contraria a la generalidad o universalidad que dominaba el modelo anterior: «[...] la multiplicación cada vez más acelerada —se lee en esa misma página— hace aparecer de forma cada vez más evidente y explícita la necesidad de hacer referencia a un determinado contexto social»¹⁰.

Sin entrar en el problema ético de fondo que está detrás de la universalidad o el carácter contextual de los derechos, es posible indicar algunas importantes consecuencias que tendría sobre la estructura del sistema jurídico y del Estado de derecho una radical ampliación del ámbito de las relaciones jurídicas *directamente* reguladas por normas de derecho fundamental: es necesario aclarar de qué forma se puede evitar que la especificación rompa con la generalidad de las normas que protegen derechos. En la historia de los derechos encontramos indicaciones que nos ayudan a valorar el significado de la especificación. Considero plausible, en efecto, una reconstrucción histórica en la que se ponga de manifiesto cómo, en realidad, la idea de la especificación nace en el momento mismo de la primera positivación. Especificación, en cierta medida, es sinónimo de desarrollo interpretativo, y por eso podemos afirmar que toda norma positiva requiere un determinado grado de especifi-

⁹ N. BOBBIO, «Diritti dell'uomo e società», en *L'età dei diritti*, cit., p. 68 [trad. cast., pp. 114]. «Resulta superfluo añadir —prosigue ese texto— que entre estos procesos existe un relación de interdependencia: el reconocimiento de nuevos derechos *de* (donde ese “de” indica el sujeto) implica casi siempre el reconocimiento de nuevos derechos *a* (donde “a” indica el objeto)»; *ibidem*, p. 69 [trad. cast., pp. 115].

¹⁰ *Ibidem*.

cación. Así, por ejemplo, decimos que las primeras Declaraciones de derechos y las primeras Constituciones liberales eran incompletas. No obstante, lo que quizá sea exagerado es interpretar *toda* la evolución de los derechos fundamentales tan sólo a través de la positivación de derechos «nuevos». Algo habría también de «interpretación» de derechos antiguos y, sobre todo —y paso, en seguida, a desarrollar esta cuestión— de especificación de sus garantías.

Si las anteriores observaciones son ciertas, diremos que la especificación de los derechos no es una característica radicalmente nueva en su evolución y que el proceso de positivación no estará definitivamente cerrado hasta el momento en que ya no sea necesario (y todavía sin duda lo es) establecer nuevas técnicas de protección jurídica. Lo cual permite desmentir, y esto es lo que interesa aquí, una visión simplificada de la evolución de los derechos como una sucesión de momentos delimitados, coherentes entre sí y situados a lo largo de una misma línea de progreso indefinido. Permite además poner en cuestión la idea de que existe alguna solución de continuidad entre el momento actual y las etapas anteriores en la evolución de los derechos: especificación, pero también generalización e internacionalización, no serían desde esta perspectiva sino el resultado de la búsqueda de nuevas técnicas de garantía jurídica en condiciones históricas cambiantes ¹¹. Tan sólo cabe añadir que si especificación equivale a diferenciación, el desarrollo de determinados derechos a través de la creación de nuevas técnicas de garantía puede tener

¹¹ En los casos de la generalización y de la internacionalización, el problema fundamental en ambos casos habría sido el de la presencia —o la ausencia— de una concreta voluntad política de desarrollar y hacer efectivas las garantías de los derechos. Ambos procesos, en efecto, deben hacer frente a graves problemas de eficacia que convierten los derechos en simples promesas incumplidas para quienes carecen de medios para poder disfrutar de ellos, tanto en el ámbito nacional, como supra nacional. En relación con esta cuestión, suele decirse que el mayor problema que afecta a los derechos humanos en el ámbito internacional es el de una incurable *falta de eficacia* (quienes sostienen esta crítica a veces quieren dar a entender que la naturaleza humana habría podido cambiar después de la solemne proclamación del 1948), derivada —se dice— de la ausencia de un poder efectivo en manos de las instituciones internacionales. Por mi parte, considero que esta falta de poder debe ser interpretada más bien como una consecuencia *natural* de la todavía no resuelta falta de legitimidad de las organizaciones internacionales (puesto que sin legitimidad es difícil, y tampoco es bueno, tener poder). En general, se puede decir que el proyecto de un constitucionalismo universal sería deseable (no digo factible, sino *deseable*) *solamente* en el momento en que las nuevas instituciones que aspiran a imponerse sobre la soberana voluntad democrática de cada comunidad lleguen a garantizar un grado de democracia igual o superior al que hasta hoy conocemos en el ámbito estatal. Ésta era ya, en el fondo, la condición *previa* que Kant establecía para la realización de una paz cosmopolita. Véase la interpretación que Bobbio ofrece de este aspecto del pensamiento de Kant en N. BOBBIO, «Prefazione» a I. Kant, *Per la pace perpetua*, Editori Riuniti, Roma 1996³, pp. ix-xxi.



importantes efectos igualitarios: esto es lo que sucede, por ejemplo, en el caso de los «nuevos» derechos de la mujer, del niño, de los ancianos o de los enfermos¹².

3. ¿NUEVOS DERECHOS O NUEVAS GARANTÍAS?

La conclusión que se desprende de las anteriores consideraciones es que, probablemente, no todos los nuevos derechos son tan nuevos como se pretende. Podemos observar además que sólo sobre la base de una precisa interpretación histórica se afirma que el proceso (o los procesos) de reconocimiento de los «viejos» derechos políticos y sociales está cerrado y que es necesario abrir un «nuevo» capítulo en la historia de los derechos. Se plantea ahora la cuestión de si, en realidad, tiene alguna consecuencia práctica describir el futuro de los derechos como un desarrollo de sus técnicas de garantía, o bien el reconocimiento de derechos ignorados en el modelo anterior. Podemos preguntarnos, en efecto, si consideramos más urgente afrontar los retos que la humanidad tiene en nuestros días ampliando el catálogo de los derechos, o bien luchando por la efectiva realización de los viejos.

Se trata de considerar, pues, la distinción entre derechos y técnicas de garantía¹³. Gracias a ella podemos identificar dos contextos diferentes de fundamentación: en el primero se discute sobre las exigencias éticas que están detrás de los derechos; en el segundo, en cambio, sobre la conveniencia de establecer determinados mecanismos de garantía. Es probable, en efecto, que la justificación de garantías haga referencia a un contexto discursivo más amplio que la fundamentación de derechos, a un contexto abierto a consideraciones de carácter ético, pero también a otros argumentos prácticos de distinta naturaleza. En el terreno «histórico» y no estrictamente «moral» de la especificación de las garantías, es inevitable afrontar los problemas «técnicos» de articulación jurídica de las exigencias éticas como derechos fundamentales. Allí no sólo es posible valorar cuál es la técnica más eficaz para alcanzar determinados fines, sino también exigir compatibilidad y coherencia entre los «nuevos» derechos y los elementos estructurales básicos —considérense, por ejemplo, los principios

¹² Sobre estas cuestiones, N. BOBBIO, «Diritti dell'uomo e società», en *L'età dei diritti*, cit., pp. 71 y ss. [trad. cast., p. 118].

¹³ Esta distinción aparece en F. LAPORTA, «Sobre el concepto de derechos humanos», en *Doxa*, n.º 4, 1987, pp. 23-46; cfr. también F. LAPORTA, «Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de los derechos humanos», en J. Muguerza (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid 1989, pp. 203-208.

de moral interna del Derecho— del modelo de Estado en el que los nuevos derechos pretenden introducirse ¹⁴.

No es posible aquí desarrollar esta distinción entre derechos y garantías. Desde el punto de vista de la retórica política, me basta con observar su utilidad como antídoto contra el «abuso» en la utilización del lenguaje de los derechos. Hablar de garantías «nuevas» para exigencias «viejas» permite desmontar la idea de que los nuevos derechos son una novedad radical en la historia, una señal inequívoca de «progreso». Sin embargo, ésta no parece ser la opinión dominante. La proliferación de nuevos derechos tiene su origen en la cada vez mayor difusión de lenguaje de los derechos en el debate político, y tiene su continuación en el campo de la filosofía de los derechos. Además, determinados textos internacionales están introduciendo ya redundancias innecesarias o solemnes proclamaciones de derechos cada vez más obvios, o más discutibles en su contenido. La jurisprudencia constitucional, en su labor interpretativa, va reconociendo nuevos «derechos implícitos», a los que se atribuye un carácter fundamental por ser derechos «transversales», derivados de la existencia de otros derechos originarios que tienen este rango normativo. Ejemplos de ello se encuentran en los diferentes derechos que configuran el ámbito iusfundamental de la *privacy* o de la calidad de vida.

No creo, por lo demás, que esta proliferación deba ser interpretada como un fenómeno puramente casual o que responda tan sólo a motivaciones retóricas: no descarto que detrás de la retórica de los derechos existan complejas motivaciones sociales. Por su contenido —sigo a partir de aquí clasificaciones bien conocidas ¹⁵— se distingue entre derechos cotidianos, más o menos directamente vinculados a la especificación de otros derechos anteriores, y derechos difusos, es decir, aquellos que no poseen un titular definido o aquellos que son de titularidad colectiva o comunitaria (así, por ejemplo, los supuestos de derechos fundamentales al medio ambiente, al patrimonio común de la humanidad, a la paz, o, en general, los derechos de los pueblos). En relación con los primeros, es decir, a los derechos cotidianos o concretos surge el problema de la aparición de pretensiones contradictorias tanto con los viejos derechos, así como de los derechos nuevos entre sí. La fundamentalidad de estas pretensiones puede

¹⁴ Una tesis análoga está implícita en la teoría de los derechos de G. PECES-BARBA cuando establece la posibilidad de incorporación a una norma como condición necesaria para la transformación de las pretensiones morales en verdaderos derechos fundamentales; cfr. G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 109-110.

¹⁵ Cfr., de nuevo, G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 180 y ss.; I. ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, cit., pp. 134 y ss.



ser discutida, como ya se ha dicho, observando que muchos de estos derechos, lejos de ser *nuevos*, no son sino formas de ejercicio de derechos anteriores¹⁶. En relación con los derechos difusos, en cambio, suelen aducirse dificultades «técnicas» para su configuración jurídica, derivadas, por ejemplo, de las particulares formas de ejercicio colectivo: se ha constatado la dificultad de articular garantías jurídicas eficaces que sean compatibles con el respeto de los restantes derechos fundamentales¹⁷.

Se deberá discutir, por tanto, la posibilidad de configurar garantías eficaces para estos derechos nuevos. Y aquí es donde alguien podría plantear si ésta es la vía más adecuada para proteger determinados intereses. En otras palabras: considero que el afán por extender de forma prácticamente «ilimitada» el ámbito de los derechos fundamentales es consecuencia de un planteamiento de fondo que merece ser discutido no sólo desde el punto de vista «técnico», sino también desde un punto de vista «ideológico». Los problemas puramente técnicos parecen superados, entre otras cosas porque hoy hemos aceptado que los ordenamientos jurídicos contemporáneos incluyan un gran número de preceptos con un carácter normativo igual o incluso más débil que éstos, sin poner en duda ya su naturaleza jurídica. O también porque los márgenes de incertidumbre en la interpretación no necesariamente son más fuertes en el caso de los nuevos que en el de los viejos derechos fundamentales.

Una argumentación análoga podría ser desarrollada en relación con algunas categorías de derechos nuevos como son los derechos ecológicos, de las generaciones futuras y los derechos de solidaridad. Nuevas exigencias, con denominaciones diversas que expresan matices y orientaciones ideológicas también diversas. Aquí, en mi opinión, el punto que deja mayores dudas es el hecho de que los defensores de estos derechos nuevos parecen dar por supuesto que cualquier exigencia suficientemente importante o justificada tiene que convertirse en derecho fundamental. Frente al optimismo de los defensores,

¹⁶ La especificación de los derechos debe encontrar alguna clase de límite, si se quiere evitar que algún día alguien pudiera reclamar derechos *fundamentales* tan absurdos como el derecho a que los trenes o el correo lleguen a su debido tiempo; tomo el ejemplo de L. FERRAJOLI, «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona», en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 263-292 (la cita se encuentra en la p. 275).

¹⁷ En este punto se sitúa la propuesta de establecer como límite al ejercicio de los derechos colectivos la voluntaria adscripción del individuo a dichos grupos o comunidades. Esta idea ha sido retomada recientemente en M. J. FARIÑAS DULCE, *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológica a la "actitud postmoderna"*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 42 ss. Sin embargo, cabe preguntarse si efectivamente seguimos estando en presencia de derechos de titularidad colectiva y no, como sucedía ya en el caso de los derechos de participación política, ante derechos de titularidad individual y ejercicio colectivo.

se podría mencionar uno de los tradicionales presupuestos de la teoría liberal del Derecho y del Estado, según el cual se considera que las instituciones son meros instrumentos que se justifican *solamente si* son capaces de alcanzar determinados fines. Se podría intentar demostrar que, en virtud de esta tesis, el paso de las pretensiones justificadas al Derecho no es nunca inmediato. Por el contrario, se deberá sopesar si la configuración de dichas pretensiones como derechos fundamentales es el método más eficaz para cumplir los fines que se proponen.

Un argumento *pragmático* de este tipo permite establecer un primer filtro ante proliferación de derechos «nuevos». Y es que, en mi opinión, la ausencia de límites a la positivación de derechos implica al menos dos consecuencias, contrarias pero igualmente peligrosas. Por una parte, está el riesgo de que a causa de su multiplicación los derechos lleguen a perder su extraordinaria potencia revolucionaria. Cuantos menos derechos haya y más claros sean, como ya decía el Preámbulo de la Declaración de 1789, mayor fuerza tendrán. La abundancia conduce hacia una inevitable banalización¹⁸. Por otra parte existe el riesgo de que si en alguna circunstancia se intentaran *tomar en serio* todos y cada uno de los nuevos derechos se podría dar el caso de que, frente a la voluntad soberana de la mayoría, todo o casi todo estuviera contenido ya en algún derecho «fundamental» y, por tanto, se encontrara excluido del ámbito de aquellas cosas que pueden ser democráticamente decididas¹⁹.

4. EL PUNTO DE VISTA DE LA FILOSOFÍA DE LA HISTORIA

Las consideraciones desarrolladas en las páginas anteriores me llevan a pensar que la pregunta sobre el «futuro» de los derechos fundamentales debe ser resuelta antes de entrar a debatir sobre la proclamación de derechos «nuevos». Se podría argumentar incluso que el problema de la ampliación del catálogo de los derechos depende de dos cosas: depende, ante todo, de que los presuntos derechos nuevos sean *realmente diferentes* que los anteriores; y de-

¹⁸ Véase las reflexiones sobre esta materia que aparecen en J. DE LUCAS, *El desafío de las fronteras*, Temas de Hoy, Madrid 1994, en particular pp. 105 y ss.

¹⁹ En una situación de generalizada «fundamentalización» del Derecho —se podría pensar— la política queda reducida a mera labor de aplicación de los derechos. Los jueces, intérpretes últimos de un sistema de derechos que lo abarca prácticamente «todo», se encontrarían, en la práctica, por encima de la voluntad democrática de un pueblo. Es una hipótesis absurda, pero quizá no lo sea tanto la tendencia hacia una situación en la que los derechos hayan reducido de forma significativa la cantidad y calidad de cuestiones que puedan ser consideradas como políticamente relevantes.

pende, en segundo lugar, y al mismo tiempo, de que esos derechos compartan con los «viejos» un cierto número de *caracteres definitorios básicos*, de manera que se pueda seguir utilizando, con precisión, una misma categoría conceptual. En este sentido, a menudo se pretende que los nuevos derechos se inserten en un paradigma que sea *superación* y *síntesis* del paradigma antiguo. Lo cual no siempre es posible porque, a veces, las novedades no son señales de progreso, sino de regreso.

Cuando entramos en esta clase de valoraciones sobre el sentido de lo nuevo y de lo viejo, nos enfrentamos con dificultades que no son sólo de carácter «técnico». Las soluciones se encuentran en el plano de la «filosofía», de la «visión» y la «interpretación» de una situación histórica determinada. No cabe duda, por ejemplo, de que el «viejo» paradigma de los derechos se desarrolló en un contexto en el que resultaba dominante una particular «filosofía de la historia». Naturalmente, no es posible reconstruir aquí los presupuestos teóricos e ideológicos en que aparecieron los derechos viejos, ni tampoco el contexto actual en el que se reclaman derechos nuevos. Lo único que pretendo señalar en las últimas páginas de este trabajo es que no todo posible nuevo derecho es necesariamente congruente o compatible con el paradigma anterior y que, por tanto, no necesariamente el modelo nuevo en el que tales derechos se insertan es *superación* y *síntesis* del anterior. Se trata, en definitiva, de argumentar que, desde una filosofía «liberal» de la historia como la que era dominante en el momento en que aparición esta particular institución jurídica, no todo «desarrollo» (multiplicación, ampliación, etc.) debe ser interpretado como señal de progreso moral de la humanidad. No todo futuro, en este sentido, debe ser considerado como auténtico «futuro».

La perspectiva que propongo está tomada de algunas reflexiones de Norberto Bobbio. En un texto bien conocido y todavía reciente este autor escribe:

«[...] desde el punto de vista de la filosofía de la historia, el debate actual cada vez más amplio y más intenso sobre los derechos del hombre, tan amplio como para haber implicado ya a todos los pueblos de la tierra, tan intenso como para haber entrado en el orden del día de las más autorizadas organizaciones internacionales, puede ser interpretado como una “señal premonitoria” (*signum prognosticum*) del progreso moral de la humanidad»²⁰.

²⁰ N. BOBBIO, «L'età dei diritti», en *L'età dei diritti*, 2.ª ed., Einaudi, Torino, 1992, pp. 49 y 50 [trad. cast. p. 100].

Es a todas luces evidente en nuestros días que los derechos humanos constituyen un punto de referencia decisivo en la historia de la humanidad. Son una prueba indiscutible de «progreso» incluso para quienes no tengan una fe ciega en él y para quienes carezcan —como el propio Bobbio— de certezas filosóficas indiscutibles sobre el rumbo de la historia humana. Siempre ha sido Bobbio un firme creyente en esta tesis de fondo del liberalismo filosófico: siempre se ha mostrado desconfiado frente a las posiciones extremas de quienes mantienen a toda costa su fe en la bondad irresistible de la condición humana o en el carácter inevitable del decaimiento moral de la humanidad²¹. Sus años de militancia filosófica en favor de un empirismo crítico no pasaron en vano. Él nunca ha sido un ilustrado incurablemente optimista, ni tampoco un positivista ingenuo: no es casualidad que Croce y Hegel ocuparan un lugar fundamental en su formación filosófica, aunque fuera desde una perspectiva crítica. Siempre fue consciente de que el progreso de la humanidad tiene momentos de luz y de sombra, pues la historia está formada por una insoluble mezcla entre el bien y el mal, que no avanza necesariamente hacia ningún fin. En incontables lugares se ha hecho defensor de una visión expresamente anti-metafísica del mundo y de la historia que se opone a las muy diversas interpretaciones dialécticas o teleológicas. «La única afirmación que puedo hacer con cierta seguridad —escribe— es que la historia humana es ambigua, y ofrece respuestas dispares según quien la interroga y según el punto de vista que se adopta para interrogarla»²².

La visión «liberal» es sólo moderadamente pesimista y de ninguna manera prescinde de la defensa de una particular noción de progreso. Véase, a este respecto, cómo Bobbio reconstruye en términos explícitamente hobbesianos la génesis de los derechos humanos y cómo, a partir de ahí, justifica la conexión entre derechos y progreso. Describe el desarrollo de la humanidad como una ininterrumpida lucha por evitar el sufrimiento, o por disminuir el grado de vulnerabilidad de los hombres.

«Encontrándose en una condición de hostilidad frente a la naturaleza y a sus semejantes, según la hipótesis hobbesiana del *homo*

²¹ Algunas reflexiones de BOBBIO sobre la noción de progreso aparecen en el ensayo titulado «Scienza, potere e libertà», en *Micromega*, n.º 2, 1995, pp. 7-18.

²² N. BOBBIO, «L'età dei diritti», en *L'età dei diritti*, cit., p. 50 [trad. cast. p. 100. Sobre la aportación de BOBBIO a la reflexión contemporánea sobre los derechos del hombre, cfr. A.-E. PÉREZ LUÑO, «Los derechos humanos en la obra de Norberto Bobbio», y R. DE ASÍS ROIG, «Bobbio y los derechos humanos», en A. Llamas Cascón (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Universidad Carlos III-B.O.E., Madrid, 1994, pp. 153-168 y pp. 169-185, respectivamente.

homini lupus [...], el hombre ha intentado hacerlo más habitable inventando, por una parte, artes que producen instrumentos técnicos destinados a la transformación del mundo material para hacer posible la supervivencia, y, por otra, reglas de conducta encaminadas a disciplinar los comportamientos individuales, para hacer posible una convivencia pacífica. Instrumentos técnicos y reglas de conducta constituyen el mundo de la cultura, contrapuesto y sobreordenado al mundo de la naturaleza»²³.

Los derechos, como fundamento del Derecho, expresan una tendencia natural del hombre a evitar el dolor, la infelicidad y, en general, el mal, entendido como expresión de la absoluta irracionalidad de la historia²⁴. Expresan la voluntad de superar agresiones y carencias intolerables. Son la técnica más elaborada, entre todas las que históricamente han sido posibles, para alcanzar una convivencia (relativamente) civilizada. En este sentido, los derechos han tenido una historia y tienen también un futuro, porque no derivan, como pretendían las diferentes escuelas racionalistas, de verdades universales y eternas. Podemos considerarlos, por tanto, como expresión del progreso moral de la humanidad en la medida en que reflejan «[...] el desarrollo de la conciencia del sufrimiento, de la pobreza, de la miseria, y, en general, de la infelicidad en que vive el hombre en el mundo, y el sentimiento de la intolerabilidad de esta condición»²⁵.

A partir de aquí, sin abandonar este mismo planteamiento, podemos avanzar un poco más y preguntar cómo fue posible que, en ese contexto ideológico, una concreta técnica jurídica como son los derechos fuera capaz de transformar hasta tal punto el orden social y político, convirtiéndose en motor del desarrollo histórico. Preguntar, en definitiva, por qué razón los derechos tuvieron una fuerza revolucionaria tan grande y por qué razón no la han perdido aún en determinadas circunstancias que nos parecen radicalmente intolerables.

La respuesta que ofrece Bobbio conecta esta institución jurídica con uno de los elementos ideológicos básicos del pensamiento político moderno. Los derechos fueron inventados a raíz de un cambio de perspectiva en el pensamiento occidental, según el cual el Derecho, la política, la sociedad, y la historia misma co-

²³ N. BOBBIO, «Scienza, potere e libertà», en *Micromega*, cit., p. 13; cfr. igualmente N. BOBBIO, «L'età dei diritti», en *L'età dei diritti*, cit., pp. 52 ss.

²⁴ Véase sobre ello N. BOBBIO/A. DEL NOCE, «Dialogo sul male assoluto», en «*Micromega*», n.º 1, 1990, especialmente pp. 234 y ss.

²⁵ *Ibidem*.

menzaron a ser interpretados desde el punto de vista de los individuos —y, por tanto, desde el punto de vista de todos y cada uno de los desheredados, de los oprimidos, de los perdedores y, finalmente, de los «sin derechos»—, y no desde la perspectiva de la comunidad, el pueblo, la nación o la raza a los que cada individuo pertenece²⁶. Un cambio que trascendió incluso hasta impregnar las «formas de vida» del hombre moderno, y penetró en todas las manifestaciones del poder político legítimo. Gracias a esta revolución encontró reconocimiento explícito (avalado por un consenso *casi* universal) la idea de que cada individuo *merece* ser tratado de forma que pueda satisfacer sus propias necesidades y alcanzar por sí mismo sus propios fines. La concepción *individualista* de la sociedad, del Derecho y del Estado, en la que se sitúan y se desarrollan los derechos del hombre, habría puesto en marcha el más amplio y reciente capítulo en la historia del progreso moral.

Esta opción teórica propia de la teoría jurídica y política del liberalismo podrá ser objeto de muy diversas críticas, pero de ninguna forma debería ser confundida con una ideología reaccionaria, o contraria a la idea de progreso. En todo caso, es contraria a las muy variadas formas de determinismo histórico, pues toma como punto de partida el carácter falible de la voluntad humana. A diferencia de lo que sucede en el campo de la técnica, la humanidad no tiene la certeza de avanzar hacia niveles mayores de justicia. Ninguna de las tres características esenciales del progreso científico —su constante aceleración, su carácter irresistible e irreversible— vale con certeza en el mundo de la cultura²⁷. La historia de nuestro siglo muestra, por ejemplo, que el progreso técnico, lejos de ser fuente de bienes, puede convertirse en causa de nuevos males. Hoy sabemos que mientras el progreso de la ciencia y de la técnica es irreversible, el de la instituciones es «intermitente» y conoce —como Bobbio escribe— «momentos de avance y de retroceso, de civilización y decadencia, de mutación y de estancamiento, de revolución y de restauración [...]»²⁸. Progreso técnico y progreso moral, para nuestro autor, sólo en raras ocasiones avanzan en paralelo: es más, la técnica misma tiene un carácter ambivalente porque, por un

²⁶ Cfr., N. BOBBIO, «Introduzione» a *L'età dei diritti*, cit., pp. XI y ss. Sobre la «revolución copernicana» del individualismo moderno, véase igualmente N. BOBBIO, «L'età dei diritti» y «L'eredità della grande Rivoluzione», ambos en *L'età dei diritti*, cit., pp. 55 y ss. respectivamente; cfr. también N. BOBBIO, «Organicismo e individualismo», en *Mondoperaio*, n.º 1-2, 1983, pp. 99-103.

BOBBIO, N., «El tiempo de los derechos» y «La herencia de la gran revolución», en *El tiempo de los derechos*, cit., pp. 105 y ss. y pp. 160 y ss., respectivamente.

²⁷ Sobre ello, cfr. N. BOBBIO, «Scienza, potere e libertà» en *Micromega*, cit., especialmente pp. 10 y ss.

²⁸ *Ibidem*, p. 14.

lado, va abriendo posibilidades antes desconocidas para disminuir el sufrimiento de todos los hombres, pero también, al mismo tiempo, diferencias cada vez más intolerables, así como desconocidos espacios de poder²⁹.

La filosofía de la historia, la ideología y hasta la una mentalidad que Bobbio seguramente denominaría «liberal» queda lejos, por tanto, de cualquier apocalíptica descripción del tiempo que vivimos, de nuestros logros y de nuestras necesidades. En relación con la materia que nos ocupa, una posición como ésta tenderá a apartarse tanto de la simplificada tesis de que *cualquier clase de futuro* de los derechos será necesariamente mejor que su presente, como de la tesis complementaria según la cual el antiguo paradigma de los derechos es responsable de las carencias y de la injusticia del mundo en que vivimos. Una sincera *incertidumbre* ante la historia, como antes apuntaba, debe presidir nuestro juicio sobre la aparición de nuevos derechos, por lo menos si queremos permanecer dentro de una óptica «liberal». Una incertidumbre que no es exclusiva de nuestra actual condición postmoderna y que estaba bien arraigada ya entre quienes compartían esa concepción del mundo y de la historia.

5. EL FUTURO DE LOS DERECHOS DENTRO DEL PARADIGMA LIBERAL-DEMOCRÁTICO

¿Cómo debería evolucionar entonces la filosofía y la práctica de los derechos si quiere seguir siendo fiel —pero eso no tiene por qué ser así— a su inspiración originaria?

Para empezar habrá que descartar la tesis de que los derechos no tienen futuro y deben permanecer por siempre iguales a sí mismos. Se podría argumentar en este punto, aunque eso nos alejaría del tema de este trabajo, que existe algún nexo entre una fundamentación democrática de los derechos, como la que Bobbio mismo ha defendido en algunas ocasiones, y el reconocimiento de su historicidad³⁰. Por otra parte, es posible prever que muchos de esos nuevos derechos, bajo forma de libertades negativas y también de derechos sociales,

²⁹ Sobre la relación entre progreso científico y progreso moral, y los interrogantes éticos que el desarrollo de la ciencia suscita, cfr. *ibidem*, pp. 14 y ss.

³⁰ Sobre el fundamento de los derechos en BOBBIO, y en general sobre una fundamentación historicista, cfr. E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, pp. 82 ss.; cfr. también J. RODRIGUEZ TOUBES, *La razón de los derechos*, ed. Tecnos, Madrid, 1995, pp. 89 ss.

estarán vinculados al irresistible progreso de la ciencia y de la técnica. Si nuevos saberes generan desconocidas formas de poder; si estos poderes se encuentran distribuidos de forma cada vez más desigual y se sitúan en lugares cada vez más alejados de cualquier control, es deseable que aparezcan nuevos derechos con la función de imponer límites al poder incontrolado y generar espacios de igual libertad.

Se dice con frecuencia que la desbordante complejidad de la situación histórica presente y de las actuales amenazas a la dignidad humana está reclamando una transformación *radical* de ese paradigma político y jurídico del Estado de derecho, que se había desarrollado a partir de los presupuestos ideológicos básicos del individualismo ético³¹. Sin embargo, la permanente necesidad de limitar el poder, y de hacerlo por los medios más adecuados, sugiere la conveniencia de seguir confiando en los derechos, pues los derechos son ins-

³¹ En un reciente trabajo, desarrollado desde una perspectiva sociológica, María José Fariñas defiende la opinión contraria (cfr. M. J. FARIÑAS DULCE, *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológica a la "actitud postmoderna"*, cit.). Su planteamiento es el siguiente: «El ideal de los derechos individuales, universales y abstractos [...] está muy lejos de una realidad social donde la igualdad material o real entre los seres humanos brilla por su ausencia y, además, el retroceso mundial de los derechos sociales, culturales y económicos es clamoroso [...]. Tal situación mundial —prosigue— es la que pone en cuestión la credibilidad, a la vez que la funcionalidad del discurso "moderno" de los derechos humanos, su fundamentación absoluta y universalista y su instrumentación política unilateral. La concepción "universalista" de los derechos humanos se queda, pues, en una mera ilusión; y la metafísica política derivada de un hipotético contrato fundacional [...] resulta hoy en día, cuando menos, inadecuada e insuficiente» (p. 49).

Lo fundamental, en mi opinión, es establecer si esa «vieja» concepción moderna puede quedar definitivamente descartada y qué parte de ella debe ser conservada. La situación actual de los derechos estaría caracterizada, como esta misma autora explica en otro lugar, por «una fuerte crisis» en la posición privilegiada que Occidente ocupaba en su interpretación, así como «por un resurgimiento de la pluralidad y la heterogeneidad en todas sus dimensiones». A partir de esta situación se desprende que la fundamentación *futura* de los derechos fundamentales *no* deberá seguir siendo «universalista, fundamentalista, abstracta, supra-histórica o descontextualizada, metafísica, idealista y de carácter absoluto en el tiempo y en el espacio» (pp. 18 y 19). Considero, por el contrario, que si renunciamos completa y definitivamente a *todos* estos caracteres ya no tiene sentido transformar nuestras exigencias éticas justificadas en lo que hasta hoy hemos llamado «derechos fundamentales».

Por lo demás, la alternativa «contextualista» puede tener consecuencias que contradicen sus propias intenciones. Así, por un lado, desde el momento en que afirma que «la perspectiva descentralizadora y antidogmática [...] aboga por una supremacía de los fundamentos ético-político-sociológicos sobre los criterios técnico-formales propios del positivismo» (p. 37), se abre la puerta a un retorno hacia concepciones iusnaturalistas del Derecho. Iusnaturalistas, por supuesto, no por suponer un retorno al contractualismo racionalista, sino por el uso de criterios extra-positivos para la identificación de normas jurídicas. Por otro lado, existe el peligro también de caer en una acrítica asimilación del deber-ser (ético y jurídico) sobre el ser, bajo la forma de lo que Habermas ha denominado «paternalismo sistémico». Así por ejemplo cuando en ese mismo texto se afirma, siguiendo a Boaventura de Sousa, que «la protección de los individuos [podría] derivar directamente de la estructura plural de la sociedad, esto es, de la interdependencia de los diferentes grupos sociales» (p. 32).



trumentos jurídicos positivos, universales y absolutos, que garantizan esferas de inmunidad, de participación o de aseguramiento y que establecen las condiciones previas e indisponibles para la formación de la voluntad democrática. Es preciso mantener también aquellas estructuras institucionales básicas que hasta el momento han permitido a los derechos desempeñar su función. Eso nos lleva a exigir a los nuevos derechos que se incorporan un mínimo de coherencia con los anteriores, al menos para evitar que éstos se debiliten en exceso. De forma más clara: si tenemos interés en la existencia de ámbitos de inmunidad frente al poder (y no sólo frente al poder público), tendremos que rechazar aquellas pretensiones que no sean *compatibles* con la teoría jurídica y política que se desarrolla desde los presupuestos ideológicos del individualismo moderno.

No se me oculta que esta posición puede ser considerada como el fruto de una actitud conservadora frente a la «profundización» y «desarrollo» no sólo de los derechos, sino también de la democracia. De una actitud hostil frente a la sustitución de una democracia meramente «formal» por una democracia «renovada» por la introducción de nuevos derechos. Se debe reconocer además que el paradigma individualista basado en el postulado de la igual libertad o de la igualdad en derechos no está a salvo de contradicciones profundas. La coherencia del modelo individualista se daría sólo en el más estricto marco de los derechos de libertad: la contemporánea presencia de derechos democráticos y sociales en el estado social habría supuesto ya una quiebra insoluble en el paradigma originario.

Ante esta objeción se podría responder que una posición como la mantenida, entre otros, por Bobbio es liberal y al mismo tiempo igualitaria. Presupone la tesis de que estas dos exigencias (éstas, pero no otras) sean compatibles y hasta complementarias. El modelo individualista y liberal no se identifica necesariamente con el liberalismo conservador y, por el contrario, puede ser entendido también como un ideal aún deficientemente cumplido. En todo caso, lo cierto es que, a diferencia de otras síntesis teóricas, la coherencia del modelo socialdemócrata —o liberal-socialista, si se prefiere— ha sido confirmada históricamente. Además, la práctica jurisprudencial ha superado sin rupturas traumáticas una identificación estrecha entre derechos fundamentales y libertades públicas, poniendo de manifiesto la complejidad de las situaciones jurídicas en que se articulan las normas de rango fundamental y permitiendo, también aquí hasta cierto punto, la formulación de garantías precisas para derechos de carácter social. Los nuevos derechos, por el contrario, generan a menudo problemas interpretativos mucho más difíciles de re-

solver, y que no tienen quizá solución posible: no es una novedad afirmar que algunos de esos derechos no se encuentran solamente en *conflicto* con derechos anteriores (conflictos que puedan ser abordados a través de la formulación de *límites* entre ellos), sino que plantean auténticos problemas de *compatibilidad*. ¿Estamos realmente seguros, por ejemplo, de que es posible alcanzar *siempre* un punto de equilibrio entre los derechos de los individuos y los derechos de los pueblos? ¿Podemos ignorar los casos en que esos conflictos se manifiestan, o evitar dar una respuesta a la pregunta sobre cuál de las dos exigencias contrapuestas deseamos que prevalezca? Estas formas de incompatibilidad requieren una justificación fuerte sobre la base de los presupuestos ideológicos del sistema.

A partir de aquí, la discusión sobre las relaciones entre los nuevos y los viejos derechos —sobre la síntesis entre ellos, a la que me he referido antes— se hace más difícil, entre otras cosas porque los defensores del cambio de paradigma (a través de la introducción de derechos como los de solidaridad o colectivos, por ejemplo) consideran conveniente introducir pretensiones *radicalmente* ignoradas en el paradigma anterior. Si se admite, en este caso, una pequeña provocación se podría decir que algunos de los defensores de los nuevos derechos acaban colocándose en una posición retóricamente insostenible. Recurren, en efecto, a una técnica construida en el marco de un específico modelo teórico, para plantear exigencias que pretenden transformar el modelo mismo. No creo estar utilizando un elemento demasiado «conservador» si les pido que escojan entre alguna de estas dos alternativas: o los nuevos derechos son compatibles con el paradigma anterior, o no lo son. Si lo son, será legítimo preguntar hasta dónde llega la novedad *radical* del paradigma que proponen. Si, por el contrario, se dice que *no* son compatibles será igualmente legítimo preguntarles por qué razón siguen haciendo referencia a un instrumento jurídico *formal* que tuvo su razón de ser dentro de una precisa (y, hasta prueba contraria, coherente) concepción del Derecho y del Estado; por qué siguen hablando (y en estas cuestiones los problemas de palabras tienen una importancia decisiva) de «derechos fundamentales» y no buscan técnicas diferentes que se encuentren absolutamente a salvo de ese vacío y abstracto formalismo que critican.

No se me oculta que la mayor parte de quienes defienden una nueva visión de los «derechos» ponen en tela de juicio la validez del ideal individualista en que cifrábamos, con Bobbio, el origen de los derechos del hombre. Dicen que seguramente este ideal no ofrece la representación más adecuada de la sociedad contemporánea. Pero hasta el día en que un nuevo paradigma se haga



realidad son ellos quienes tienen todavía la obligación de justificar qué aspectos del antiguo modelo «liberal» desaparecerán con el reconocimiento de las nuevas pretensiones emergentes.

6. NUEVAS AMENAZAS PARA LA IGUAL LIBERTAD

Un planteamiento como el que se ha esbozado en el apartado anterior, no impide que nuevas reclamaciones ajenas al viejo modelo puedan alcanzar más pronto o más tarde (pero seguramente en breve plazo, a juzgar por el retórico abuso que se hace del lenguaje de los derechos) un carácter jurídico-positivo. Un modelo positivista de derechos se declara inerte ante la positivación de cualquier clase de contenido en normas válidas, pues si no retornaría a posiciones ingenuamente iusnaturalistas (¿qué puede decir un positivista coherente a propósito de una norma en la que se reconozca, por ejemplo, el derecho a la felicidad?). Pero lo cierto es que en el plano de los ideales políticos, o en el plano de la política legislativa, la vía propuesta que aquí se ha propuesto para avanzar en la lucha ante los innumerables problemas sociales y políticos de nuestro tiempo no da prioridad a la renovación del paradigma liberal y socialista, sino más bien a la lucha por la efectiva aplicación igualitaria de los derechos³². Desde una actitud reformista se puede afirmar que solamente algunas pretensiones merecen convertirse en «auténticos» derechos fundamentales.

Por otra parte, no es ninguna novedad reconocer la existencia de premisas ideológicas implícitas en la teoría jurídica del Estado de derecho y en el concepto mismo de Derecho. No basta en este caso argumentar, desde un punto de vista «externo», que la oportunidad de mantener este modelo ha quedado demostrada ya suficientemente porque ha sido capaz de garantizar de manera eficaz determinadas necesidades básicas, a las que nadie parece estar dispuesto a renunciar. Más interesante sería, en cambio, afirmar que este paradigma indi-

³² Ya en 1968 escribía BOBBIO: «Creo que hoy en día la discusión en torno a los derechos fundamentales, si quiere evitar convertirse en una discusión académica, debe tener en cuenta todas [sus] dificultades procedimentales y sustanciales [...]. La obtención de una mayor protección de los derechos del hombre está conectada con el desarrollo general de la civilización. [...] No es posible plantear el problema de los derechos del hombre abstrayéndolo de los dos mayores problemas de nuestro tiempo, como son los problemas de la guerra y de la miseria, del absurdo contraste entre el exceso de *potencia* que ha creado las condiciones para una guerra de exterminio y el exceso de *impotencia* que condena grandes masas al hambre. Sólo en este contexto podemos aproximarnos al problema de los derechos del hombre con una *visión realista*»; N. BOBBIO, «Presente e avvenire dei diritti dell'uomo», en *L'età dei diritti*, cit., p. 43.

vidualista y liberal cuenta con un indiscutible consenso histórico y contiene un proyecto aún inacabado. Aunque éste probablemente tampoco sea un argumento definitivo, dicho consenso ofrece, cuando menos, un punto de apoyo para criticar la posición de quienes hacen nuevas propuestas, desde el campo de la teoría o desde posiciones influyentes en la opinión pública, sin medirse con los presupuestos ideológicos y metodológicos que han constituido el núcleo de la filosofía de los derechos fundamentales.

La coherencia del modelo individualista y liberal puede ser explicada a partir de distinción entre lo que Luigi Ferrajoli ha denominado ámbito de «legitimación externa» e «interna», es decir, entre el punto de vista externo e interno en la justificación de las instituciones políticas y jurídicas³³. Con arreglo a esta distinción, la crítica de una institución podrá realizarse, desde dentro, en función de otros criterios positivamente establecidos, o bien, desde fuera, en función de principios éticos y políticos. La distinción entre ambos niveles de justificación permitirá evitar la acusación de ingenuo dogmatismo a quienes pongan de manifiesto la necesidad de mantener la coherencia de un modelo que hasta hoy ha sido, nos guste o no, individualista y formalista. En todos estos casos, sin caer en una visión anti-histórica de los derechos humanos, es oportuno criticar la tesis de que cualquier pretensión justificada *debe* convertirse en un nuevo derecho fundamental.



³³ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1990, pp. 203 y ss.